

Prof. Dr. H. Moch. Isnaeni, S.H., M.S.

Perkembangan
HUKUM PERDATA
D I I N D O N E S I A

Kata Pengantar
Prof. Dr. Drs. H. Abd Shomad, S.H., M.H.



Prof. Dr. H. Moch. Isnaeni, S.H., M.S.

Perkembangan
**HUKUM PERDATA
DI INDONESIA**

Kata Pengantar
Prof. Dr. Drs. H. Abd Shomad, S.H., M.H.

2013

Perpustakaan Nasional RI: Katalog dalam Terbitan (KDT)

Perkembangan Hukum Perdata di Indonesia

© Prof. Dr. H. Moch. Isnaeni, S.H., M.S.. Surabaya 2013

Kata Pengantar

Prof. Dr. Drs. H. Abd Shomad, S.H., M.H.

Cetakan I: September 2013

All right reserved

Hak cipta dilindungi oleh undang-undang

Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini
dengan cara apapun, tanpa izin tertulis dari penerbit

viii + 316 Halaman; 15.5 x 23 cm

ISBN-10: 602-7762-93-4

ISBN-13: 978-602-7762-93-0

Rancang Sampul : Agung Istiadi

Penata Isi : lu_cy

Diterbitkan pertama kali oleh:

LAKSBANG GRAFIKA

Jl. Plosokuning Raya, Minomartani, Ngaglik,

Sleman, Yogyakarta

telp. 0274 - 4462377

DAFTAR ISI

Untuk Guruku, Sebuah Kata Pengantar	iii
Daftar Isi	v

BAGIAN I

HUKUM PERIKATAN DALAM ERA PERDAGANGAN BEBAS

<i>Prof. Dr. H. Moch. Isnaeni, S.H., M.S.</i>	1
---	---

BAGIAN II

PERKEMBANGAN PRINSIP-PRINSIP HUKUM KONTRAK SEBAGAI LANDASAN KEGIATAN BISNIS DI INDONESIA

<i>Prof. Dr. H. Moch. Isnaeni, S.H., M.S.</i>	10
---	----

BAGIAN III

PERLINDUNGAN HUKUM BAGI UMKM YANG BERBENTUK BUKAN PERSEROAN TERBATAS (PT)

<i>Prof. Dr. Y. Sogar Simamora, S.H., M.Hum.</i>	23
--	----

BAGIAN IV

AZAS PROPORSIONALITAS DALAM KONTRAK BISNIS (Upaya Mewujudkan Hubungan Bisnis dalam Perspektif Kontrak yang Berkeadilan)

<i>Prof. Dr. H. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H.</i>	38
--	----

Daftar Isi

BAGIAN V

PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK BERDASARKAN AZAS PROPORSIONALITAS

Prof. Dr. H. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H. 60

BAGIAN VI

HARMONISASI KEBIJAKAN DAN HUKUM PERSAINGAN USAHA

(Upaya Meningkatkan Kesejahteraan Masyarakat)

Prof. Dr. L. Budi Kagramanto, S.H., M.H. 83

BAGIAN VII

REKONSTRUKSI AKAD BANK SYARIAH UNTUK MENCAPAI KEMASLAHATAN SEBAGAI WUJUD RAHMATAN LIL-ALAMIN

Prof. Dr. Drs. Abd. Shomad, S.H., M.H. 107

BAGIAN VIII

PROBLEMATIKA EKSEKUSI SERTIFIKAT HAK TANGGUNGAN

Prof. Dr. M. Khoidin, S.H., M.Hum., C.N. 129

BAGIAN IX

TITEL EKSEKUTORIAL HAK TANGGUNGAN DAN PENGOSONGAN OBYEK LELANG *PARATE EXECUTIE*

Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H., M.H. 170

BAGIAN X

PENGUATAN PRINSIP KEBEBASAN BERKONTRAK DAN ITIKAD BAIK DALAM PERJANJIAN LISENSI MERK TERKENAL

Dr. Agung Sujatmiko, S.H., M.H. 188

BAGIAN XI

HAK TANGGUNGAN DAN MEKANISME PEMBEBANANNYA

Dr. H. Urip Santoso, S.H., M.H. 204

BAGIAN XII	
URGENSI JAMINAN PADA PEMBIAYAAN	
BERDASARKAN PRINSIP BAGI HASIL	
DI BANK SYARIAH	
<i>Dr. Trisadini Prasastinah Usanti, S.H., M.H.</i>	<i>234</i>
 BAGIAN XIII	
KONTRAK RANCANG BANGUN (<i>DESIGN & BUILD</i>)	
SEBAGAI FAKTOR PENGAMAN DALAM	
JASA KONSTRUKSI	
<i>Faizal Kurniawan, S.H., LL.M.</i>	<i>252</i>
 BAGIAN XIV	
PENERAPAN DOKTRIN <i>COMPETENCE-COMPETENCE</i>	
DALAM SISTEM ARBITRASE DI INDONESIA	
<i>Sujayadi, S.H., LL.M dan</i>	
<i>Faizal Kurniawan, S.H., M.H., LL.M.</i>	<i>268</i>
 Kesan terhadap Prof. Dr. H. Moch. Isnaeni, S.H., M.S.	<i>315</i>



BAGIAN IV

AZAS PROPORSIONALITAS DALAM KONTRAK BISNIS*)

**(Upaya Mewujudkan Hubungan Bisnis dalam
Perspektif Kontrak yang Berkeadilan)**

Prof. Dr. H. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H.

Sebagai bidang ilmu yang paling dinamis dalam perkembangan dunia hukum, hukum kontrak tumbuh dan berkembang sejalan dengan dinamika, kompleksitas serta problematika yang ada di masyarakat. Dinamika ini demikian terasa khususnya dalam perspektif aktifitas bisnis yang semakin global. Dalam bisnis, pertukaran kepentingan para pihak senantiasa dituangkan dalam bentuk kontrak mengingat "*Setiap langkah bisnis adalah langkah hukum (i.c. kontrak)*". Ungkapan ini merupakan landasan utama yang harus diperhatikan para pihak dalam berinteraksi di dunia bisnis, dimana kontrak merupakan simpul utama yang menghubungkan kepentingan mereka. Meskipun acapkali para pelaku bisnis tidak menyadarinya, namun perlu diingat bahwa setiap pihak yang memasuki belantara bisnis pada dasarnya melakukan langkah-langkah hukum dengan segala konsekuensinya. Tentunya bisnis yang beradab senantiasa mengacu pada nilai-nilai moral etis dalam bingkai hukum (kontrak). Hubungan bisnis yang terjalin di antara para pihak pada umumnya karena mereka bertujuan saling bertukar kepentingan. J. van Kan dan J.H. Beekhuis menyatakan bahwa semua janji-janji antara para pihak senantiasa terkait dengan kepentingan-kepentingan, terutama terkait harta benda.¹

Seringkali terjadi kesalahan persepsi berbagai kalangan mengenai eksistensi kontrak, khususnya mengenai pertanyaan, apakah suatu kontrak itu seimbang atau tidak seimbang (berat

*) Diolah dari Pidato Pengukuhan Guru Besar Dalam Bidang Ilmu Hukum Kontrak Pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya, 1 Mei 2010. Pernah dimuat dalam *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 29 No. 2 Tahun 2010.

¹ J. van Kan dan J.H. Beekhuis, *Pengantar Ilmu Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990, h. 27.

sebelah). Banyak pihak dengan mudah terjebak untuk menyatakan suatu kontrak itu berat sebelah atau tidak seimbang, hanya sekedar mendasarkan pada perbedaan status masing-masing pihak yang berkontrak. Misalnya dengan sekedar memperhatikan perbedaan latar belakang para pihak yang berkontrak (Barat - Timur, asing - domestik, bank - nasabah, produsen - konsumen), kemudian secara sumir menyatakan kontrak tersebut berat sebelah dengan asumsi terdapat *bargaining position* yang berbeda. Pandangan tersebut tidak seluruhnya salah, bahkan dalam beberapa hal harus diakui bahwa dalam suatu kontrak sering terdapat ketidakseimbangan dan ketidakadilan manakala terdapat *bargaining position* yang berbeda, khususnya apabila terkait dengan kontrak konsumen. Namun demikian, kiranya akan lebih *fair* dan obyektif apabila menilai keberadaan suatu kontrak terutama dengan mencermati substansinya, serta dimensi kontrak yang bersangkutan.

Dinamika perkembangan hukum kontrak sebagaimana terurai di atas, merupakan salah satu pemicu/inspirasi bagi penulis untuk mencoba melakukan kajian komprehensif, terutama terkait dengan perkembangan azas-azas hukum kontrak pada saat ini. Kajian komprehensif terhadap azas-azas hukum kontrak menjadi fokus dalam tulisan ini, mengingat perdebatan mengenai daya kerja azas-azas hukum kontrak acapkali menjadi perbincangan hangat pada berbagai fora, baik ditinjau dari aspek teoritis maupun praktisnya. Sebut saja azas kebebasan berkontrak yang tetap hangat dan aktual apabila diperbincangkan atau diperdebatkan dalam beragam perspektif, antara lain keseimbangan para pihak, keabsahan serta daya mengikatnya. Pertanyaan yang berkembang, masihkah relevan memperdebatkan kebebasan berkontrak di antara para kontraktan, atau sebaliknya lebih diarahkan pada upaya memformulasikan doktrin keadilan berkontrak sebagai ruh hubungan kontraktual para kontraktan.

Untuk itu saya ingin mengajak pembaca budiman sejenak berkontemplasi mengenai hakikat hubungan kontraktual yang diharapkan, dibangun dan dilaksanakan para pihak terutama di dunia bisnis, yang mampu mewujudkan ide-ide tentang model kontrak yang bersubstansikan keadilan. Forum ini merupakan salah satu pintu masuk dalam mengkaji dan menguji keberadaan azas-azas hukum kontrak yang ada, serta lebih lanjut upaya menawarkan argumentasi baru dalam khasanah perkembangan hukum kontrak yang berkembang subur dewasa ini, yaitu azas proporsionalitas.

Urgensi Kontrak Dalam Bisnis

Dewasa ini perdebatan mengenai keseimbangan dan ketidakseimbangan berkontrak, serta pada akhirnya berujung pada isu-isu tentang "keadilan berkontrak" tampaknya sudah waktunya untuk ditinggalkan, khususnya apabila dikaitkan dengan kontrak bisnis (komersial). Bukan bermaksud *apriori*, namun demikian perbincangan mengenai posisi para kontraktan dalam perspektif kontrak-kontrak bisnis komersial seyogyanya perlu dikaji secara jernih, terutama pada struktur hubungan serta bangunan azas-azasnya.

Dimensi kontrak bisnis komersial yang lebih menekankan pada aspek penghargaan terhadap kemitraan dan kelangsungan bisnis (*efficiency and profit oriented*), tidak lagi berkutat pada keseimbangan matematis. Konstruksi hubungan para pihak dalam kontrak bisnis komersial justru lebih menekankan pada proporsionalitas pertukaran hak dan kewajiban di antara pelaku-pelakunya. Dengan diterimanya prinsip-prinsip universal seperti itikad baik dan transaksi yang adil atau jujur (*good faith and fair dealing; reasonableness and equity; redelijkheid en billijkheid*; kepatutan dan keadilan) dalam praktik bisnis, membuktikan bahwa yang diutamakan adalah memberikan jaminan bahwa perbedaan kepentingan di antara para pihak telah diatur melalui mekanisme pembagian beban kewajiban secara proporsional, terlepas berapa proporsi hasil akhir yang diterima para pihak.

Problematika di atas tentunya merupakan tantangan bagi para yuris untuk memberikan jalan keluar terbaik demi terwujudnya kontrak yang saling menguntungkan para pihak (*win-win solution contract*), di satu sisi memberikan "kepastian hukum" dan di sisi lain memberikan "keadilan".² Meskipun disadari untuk memadukan kepastian hukum dan keadilan, konon merupakan perbuatan yang mustahil, namun melalui instrumen kontrak yang mampu mengakomodir perbedaan kepentingan secara proporsional, maka dilema pertentangan "semu" antara kepastian hukum dan keadilan tersebut akan dapat dieliminir. Bahkan akan menjadi suatu keniscayaan terwujudnya kontrak yang saling menguntungkan para pihak (*win-win contract*).

² Istilah "kepastian hukum dan keadilan" seringkali dinamakan "*blanketnorm*", karena dengan sifatnya yang abstrak (kosong) memberikan peluang untuk diinterpretasi sesuai selera masing-masing pihak. Periksa Djasadin Saragih, "Peran Interpretasi Dalam Sosialisasi Hukum: Khususnya Hukum Perdata Di Dalam BW", *Yuridika*, No. 8 Tahun III, Februari-Maret 1988, h. 39.

Urgensi pengaturan kontrak dalam praktik bisnis adalah untuk menjamin pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban) berlangsung secara proporsional bagi para pihak, sehingga dengan demikian terjalin hubungan kontraktual yang adil dan saling menguntungkan. Bukan sebaliknya, merugikan salah satu pihak atau bahkan pada akhirnya justru merugikan para pihak yang berkontrak. Sekedar menyoal ketidakseimbangan kontraktual berdasarkan bunyi klausul kontrak justru bertentangan dengan esensi hubungan kontraktual yang dibangun para pihak. Pada kontrak bisnis komersial, tujuan para pihak lebih ditujukan membangun hubungan bisnis yang berlangsung *fair*.

Tentunya untuk menganalisis secara lebih cermat mengenai seluk-beluk hubungan para pihak dalam kontrak bisnis komersial diperlukan suatu metode pengujian terhadap eksistensi suatu kontrak sebagai proses yang sistematis dan padu. Sudah bukan waktunya lagi untuk berkutat pada "*dilema semu ketidakseimbangan atau ketidakadilan berkontrak*", tetapi seyogyanya lebih difokuskan pada bagaimana perbedaan kepentingan para pihak dapat diatur sedemikian rupa secara proporsional (berkeadilan).

Pada dasarnya kontrak berawal dari perbedaan atau ketidak-samaan kepentingan di antara para pihak. Perumusan hubungan kontraktual tersebut pada umumnya senantiasa diawali dengan proses negosiasi di antara para pihak. Melalui negosiasi para pihak berupaya menciptakan bentuk-bentuk kesepakatan untuk saling mempertemukan sesuatu yang diinginkan (kepentingan) melalui proses tawar menawar. Pendek kata, pada umumnya kontrak bisnis justru berawal dari perbedaan kepentingan yang dicoba dipertemukan melalui kontrak. Melalui kontrak perbedaan tersebut diakomodir dan selanjutnya dibingkai dengan perangkat hukum sehingga mengikat para pihak. Dalam kontrak bisnis pertanyaan mengenai sisi kepastian dan keadilan justru akan tercapai apabila perbedaan yang ada di antara para pihak terakomodir melalui mekanisme hubungan kontraktual yang bekerja secara proporsional.

Hakikat Keadilan Dalam Kontrak

Pembahasan tentang hubungan kontraktual para pihak pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dalam hubungannya dengan masalah keadilan. Kontrak sebagai wadah yang mempertemukan kepentingan satu pihak dengan pihak lain menuntut bentuk pertukaran kepentingan yang adil. Pertanyaan seputar apa itu "keadilan"

adalah sebuah pertanyaan yang acapkali kita dengar, namun pemahaman yang tepat justru rumit bahkan abstrak, terlebih apabila dikaitkan dengan pelbagai kepentingan yang demikian kompleks.³ Keadilan menurut **Aristoteles**,⁴ dalam karyanya "*Nicomachean ethics*", artinya berbuat kebajikan, atau dengan kata lain, keadilan adalah kebajikan yang utama. Menurut **Aristoteles**,⁵ "*justice consists in treating equals equally and unequals unequally, in proportion to their inequality.*" Prinsip ini beranjak dari asumsi "untuk hal-hal yang sama diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama, secara proporsional."

Ulpianus⁶ menggambarkan keadilan sebagai "*justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*" (keadilan adalah kehendak yang terus menerus dan tetap memberikan kepada masing-masing apa yang menjadi haknya) atau "*tribuere cuique suum*" - "*to give everybody his own*", memberikan kepada setiap orang yang menjadi haknya.⁷ Perumusan ini dengan tegas mengakui hak masing-masing person terhadap lainnya serta apa yang seharusnya menjadi bagiannya, demikian pula sebaliknya.

Menurut **Thomas Aquinas**⁸ Dalam konteks keadilan distributif, keadilan dan kepatutan (*equity*) tidak tercapai semata-mata dengan penetapan nilai yang aktual, melainkan juga atas dasar kesamaan antara satu hal dengan hal yang lainnya (*aequalitas rei ad rem*). Ada dua bentuk kesamaan yaitu kesamaan proporsional (*aequalitas proportionis*) dan kesamaan kuantitas atau jumlah (*aequalitas quantitas*). Sementara itu pembagian keadilan menurut pengarang

³ **Robert Reiner** dalam tulisannya berjudul "*Justice*" menggambarkan perdebatan tentang keadilan sebagai suatu '*essentially contested concept*,' hal ini bermakna bahwa sebagai sebuah konsep, keadilan merupakan konsep abstrak dan interpretatif-visioner (ditentukan oleh pemahaman dan cara pandang masing-masing). Dalam **James Penner et. al. (editors)**, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory (Commentary and Materials)*, Butterworths, London, 2002, h. 719. Menurut **Plato**, keadilan merupakan bagian dari *virtue* (kebajikan). Periksa **Burhanuddin Salam**, *Etika Sosial*, Rineka Cipta, Jakarta, 1997, h. 117.

⁴ *Loc. Cit.*

⁵ **Raymond Wacks**, *Jurisprudence*, Blackstone Press Limited, London, 1995, h. 178. Periksa juga **O. Notohamidjojo**, *Masalah: Keadilan*, Tirta Amerta, Semarang, 1971, h. 7. Pemikiran **Aristoteles** tentang keadilan tersebut merupakan salah satu titik tolak pemikiran saya tentang pentingnya azas proporsionalitas dalam hubungan kontraktual para pihak. Periksa **Burhanuddin Salam**, *Ibid*.

⁶ **O. Notohamidjojo**, *Op. Cit.*, h. 18-19.

⁷ **K. Bertens**, *Pengantar Etika Bisnis*, Kanisius, Yogyakarta, 2000, h. 86-87.

⁸ **E. Sumaryono**, *Etika Hukum Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Kanisius, Yogyakarta, 2002, h.90-91

modern, antara lain sebagaimana yang dilakukan oleh **John Boatright** dan **Manuel Velasquez**⁹, yaitu:

- a. Keadilan distributif (*distributive justice*), mempunyai pengertian yang sama pada pola tradisional, dimana *benefits and burdens* harus dibagi secara adil,
- b. Keadilan retributif (*retributive justice*), berkaitan dengan terjadinya kesalahan, dimana hukum atau denda dibebankan kepada orang yang bersalah haruslah bersifat adil,
- c. Keadilan kompensatoris (*compensatory justice*), menyangkut juga kesalahan yang dilakukan, tetapi menurut aspek lain, dimana orang mempunyai kewajiban moral untuk memberikan kompensasi atau ganti rugi kepada pihak lain yang dirugikan.

Dari beberapa pembedaan tentang keadilan tersebut di atas, keadilan distributif dipandang segala awal mula segala jenis teori keadilan. Dinamika keadilan yang berkembang di masyarakat dalam telaah para ahli pada umumnya berlandaskan pada teori keadilan distributif, meskipun dengan berbagai versi dan sisi pandangnya masing-masing. Oleh karena itu menurut saya, melakukan telaah kritis mengenai hubungan kontraktual para pihak, khususnya dalam kontrak bisnis komersial, tentunya harus dilandasi pemikiran proporsional yang terkandung dalam keadilan distributif. Keadilan dalam berkontrak lebih termanifestasi apabila pertukaran kepentingan para pihak terdistribusi sesuai dengan hak dan kewajibannya secara proporsional.

Dalam teori etika modern terdapat dua prinsip untuk keadilan distributif, yaitu prinsip formil dan prinsip materiil. Kedua prinsip tersebut dapat dijabarkan sebagai berikut:

- a. *Prinsip formil*, sebagaimana yang dikemukakan **Aristoteles**¹⁰ bahwa, "*equals ought to be treated equally and unequals may be treated unequally*". Prinsip ini beranjak dari asumsi "untuk hal-hal yang sama diperlakukan secara sama" (dengan syarat seluruh kondisi dalam keadaan "*ceteris paribus*"). Prinsip ini menolak adanya perbedaan perlakuan (diskriminasi).
- b. *Prinsip materiil*, prinsip ini mempunyai karakter melengkapi prinsip formil. Prinsip ini bersanding secara korelatif dengan prinsip formil yang menekan pada aspek formalitas prosedural, dengan tetap memperhatikan aspek substantif terhadap penghargaan perlakuan kepada masing-masing pihak.

⁹ *Ibid.*

Hal yang sama dikemukakan oleh **L.J. van Apeldoorn**,¹¹ **J. van Kan** dan **J.H. Beekhuis**,¹² bahwa keadilan itu memperlakukan sama terhadap hal yang sama dan memperlakukan yang tidak sama sebanding dengan ketidaksamaannya. Azas keadilan tidak menjadikan persamaan hakiki dalam pembagian kebutuhan-kebutuhan hidup. Hasrat akan persamaan dalam bentuk perlakuan harus membuka mata bagi ketidaksamaan dari kenyataan-kenyataan. Terkait dengan pandangan tersebut, perlu diperhatikan makna keadilan dari suatu azas yang menentukan "bentuk" menjadi azas yang memberikan "isi" dari suatu standar atau ukuran.

Beauchamp dan **Bowie**¹³ mengajukan enam prinsip agar keadilan distributif terwujud, yaitu apabila diberikan:

- a. kepada setiap orang bagian yang sama;
- b. kepada setiap orang sesuai dengan kebutuhan individualnya;
- c. kepada setiap orang sesuai dengan haknya;
- d. kepada setiap orang sesuai dengan usaha individualnya;
- e. kepada setiap orang sesuai dengan kontribusinya;
- f. kepada setiap orang sesuai dengan jasanya (*merit*).

Sehubungan dengan hakikat keadilan dalam kontrak, beberapa sarjana mengajukan pemikirannya tentang keadilan yang berbasis kontrak, antara lain **John Locke**, **Rousseau**, **Immanuel Kant**, serta **John Rawls**.¹⁴ Para pemikir tersebut menyadari bahwa tanpa kontrak serta hak dan kewajiban yang ditimbulkannya, maka masyarakat bisnis tidak akan berjalan. Oleh karena itu tanpa adanya kontrak, orang tidak akan bersedia terikat dan bergantung pada pernyataan pihak lain. Kontrak memberikan sebuah cara dalam menjamin bahwa masing-masing individu akan memenuhi janjinya, dan selanjutnya hal ini memungkinkan terjadinya transaksi diantara mereka.

¹⁰ **Nozick** mengajukan keberatan terhadap prinsip materiil keadilan distributif yang tradisional, karena prinsip itu mempunyai dua kelemahan, yaitu bersifat, *pertama*, a-historis dan, *kedua*, sudah terpolakan sebelumnya (*patterned*). **K. Bertens**, *Op. Cit.*, h. 105.

¹¹ **L.J. van Apeldoorn**, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cet. xxx, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004, h. 11-13.

¹² **J. van Kan** dan **J.H. Beekhuis**, *Pengantar Ilmu Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990, h.171-172.

¹³ *Ibid.*, h. 95.

¹⁴ **Raymond Wacks**, *Op. Cit.*, h. 191. Periksa juga **James Penner et. al.**, *Op. Cit.*, h. 721-722.

Dengan mengambil pelajaran dari kegagalan teori-teori sebelumnya, **Rawls**¹⁵ mencoba menawarkan suatu bentuk penyelesaian yang terkait dengan problematika keadilan dengan membangun teori keadilan berbasis kontrak. Menurutnya suatu teori keadilan yang memadai harus dibentuk dengan pendekatan kontrak, dimana azas-azas keadilan yang dipilih bersama benar-benar merupakan hasil kesepakatan bersama dari semua person yang bebas, rasional, dan sederajat. Hanya melalui pendekatan kontrak sebuah teori keadilan mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara adil bagi semua orang. Oleh karenanya dengan tegas **Rawls** menyatakan, suatu konsep keadilan yang baik haruslah bersifat kontraktual, konsekuensinya setiap konsep keadilan yang tidak berbasis kontraktual harus dikesampingkan demi kepentingan keadilan itu sendiri.

Dalam konteks ini **Rawls**¹⁶ menyebut "*justice as fairness*" yang ditandai adanya prinsip rasionalitas, kebebasan dan kesamaan.¹⁷ Oleh karena itu diperlukan prinsip-prinsip keadilan yang lebih mengutamakan azas hak daripada azas manfaat. **Rawls**¹⁸ merumuskan dua prinsip keadilan distributif, sebagai berikut:

- a. Prinsip I - *the greatest equal principle*, bahwa setiap orang harus memiliki hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Ini merupakan hal yang paling mendasar (hak azasi) yang harus dimiliki semua orang. Dengan kata lain, hanya dengan adanya jaminan

¹⁵ Loc. Cit.

¹⁶ **James Penner et. al.**, *Op. Cit.*, h. 726. Sedang menurut **K. Bertens**, *justice as fairness*, dalam makna leksikal (kamus) *just* berarti adil juga *fair*. Tetapi ada perbedaan, *just* berarti adil menurut isinya (substansi) atau disebut keadilan substantial (*substantive justice*), sedangkan *fair* berarti adil menurut prosedurnya atau keadilan prosedural (*procedural justice*). Contohnya: undian yang berjalan *fair* (keadilan prosedural), yang diikuti orang kaya dan orang miskin ternyata dimenangkan orang kaya, maka dari sisi prosedurnya memang telah berjalan *fair*, namun dari sisi hasil dianggap sama sekali tidak adil (*unjust*). *Fairness* berarti keadilan yang didasarkan atas prosedur yang wajar (tidak direayasa atau dimanipulasi). **K Bertens**, *Op.Cit.*, h. 103.

¹⁷ **Andre Ata Ujan**, *Keadilan dan Demokrasi (Telaah Filsafat Politik John Rawls)*, Kanisius, Yogyakarta, 1999, h. 71.

¹⁸ **John Rawls**, *A Theory of Justice*, Revised Edition, The Belknap Press of Harvard University Press of Cambridge, Massachusetts, 1999, h. 107. Periksa juga **Raymond Wacks**, *Op. Cit.*, h. 193. **Andre Ata Ujan**, *Op. Cit.*, h. 129. **A. Sonny Keraf**, *Etika Bisnis (Tuntutan dan Relevansinya)*, Kanisius, Yogyakarta, 1998, h. 152-155. **K Bertens**, *Op.Cit.*, h. 103. **James Penner et. al.**, *Op. Cit.*, h. 739.

kebebasan yang sama bagi semua orang maka keadilan akan terwujud (Prinsip Kesamaan Hak);¹⁹

b. Prinsip II, ketidaksamaan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga perlu diperhatikan azas atau prinsip berikut:

- (1) *the different principle*, dan
- (2) *the principle of fair equality of opportunity*.

Prinsip ini diharapkan memberikan keuntungan terbesar bagi orang-orang yang kurang beruntung, serta memberikan penegasan bahwa dengan kondisi dan kesempatan yang sama, semua posisi dan jabatan harus terbuka bagi semua orang (Prinsip Perbedaan Obyektif²⁰).

Menarik untuk digarisbawahi bahwa konsep kesamaan menurut Rawls harus dipahami sebagai "*kesetaraan kedudukan dan hak*", bukan dalam arti "*kesamaan hasil*" yang dapat diperoleh semua orang. Kebebasan yang ada selalu dalam kebebasan yang "*tersituasi*" (dalam konteks "*ini*" dan "*disini*"²¹), sehingga disandarkan pada berbagai kondisi, keadaan-keadaan dan kualitas masing-masing. Tentunya pandangan ini semakin membuka mata mereka yang senantiasa menuntut hasil yang sama tanpa memandang proses (prosedur) dari awal hingga akhir. Bagi Rawls kesamaan hasil bukanlah alasan untuk membenarkan sebuah prosedur. Keadilan sebagai *fairness* atau sebagai *pure procedure justice* tidak menuntut setiap orang yang terlibat dan menempuh prosedur yang sama juga harus mendapat hasil yang sama. Sebaliknya, hasil prosedur yang *fair* itu harus diterima sebagai adil, juga apabila setiap orang tidak

¹⁹ Prinsip I, *the greatest equal principle*, menurut saya, tidak lain adalah "prinsip kesamaan hak", merupakan prinsip yang memberikan kesetaraan hak dan tentunya berbanding terbalik dengan beban kewajiban yang dimiliki setiap orang (i.e. para kontraktan). Prinsip ini merupakan ruh dari azas kebebasan berkontrak.

²⁰ Prinsip II, yaitu "*the different principle*" dan "*the principle of (fair) equality of opportunity*", menurut saya merupakan "prinsip perbedaan obyektif", artinya prinsip kedua tersebut menjamin terwujudnya proporsionalitas pertukaran hak dan kewajiban para pihak, sehingga secara wajar (obyektif) diterima adanya perbedaan pertukaran asalkan memenuhi syarat *good faith and fairness (redelijkheid en billijkheid)*. Dengan demikian, Prinsip I dan Prinsip II tidak dapat dipisahkan satu dengan lainnya. Sesuai dengan azas proporsionalitas, keadilan Rawls ini akan terwujud apabila kedua syarat tersebut diterapkan secara komprehensif-proporsional.

²¹ Konteks "*ini*" dan "*disini*" tampaknya menjadi pembenaran terhadap pemahaman keadilan yang seyogyanya dimaknai kontekstual-kasuistik.

mendapat hasil yang sama. Dengan demikian konsep keadilan yang lahir dari suatu prosedur yang diterima oleh semua pihak juga harus diterima sebagai konsep yang pantas berlaku untuk umum.²² Oleh karena itu harus dipahami bahwa keadilan tidak selalu berarti semua orang harus selalu mendapatkan sesuatu dalam jumlah yang sama, tanpa memperhatikan perbedaan-perbedaan yang secara obyektif ada pada setiap individu.

Terkait dengan kompleksitas hubungan kontraktual dalam dunia bisnis, khususnya terkait dengan keadilan dalam kontrak, maka berdasarkan pikiran-pikiran tersebut di atas kita tidak boleh terpaku pada pembedaan keadilan klasik. Artinya analisis keadilan dalam kontrak harus memadukan konsep kesamaan hak dalam pertukaran (prestasi – kontra prestasi) sebagaimana dipahami dalam konteks keadilan komutatif maupun konsep keadilan distributif sebagai landasan hubungan kontraktual.

Azas Proporsionalitas Sebagai Jalan Keluar Terhadap Diskursus “Keseimbangan Versus Keadilan Dalam Kontrak”

Pemikiran mengenai azas proporsionalitas perlu dikemukakan disamping azas keseimbangan dalam kontrak yang sudah sekian lama dikenal (secara tekstual), namun belum tentu dipahami secara kontekstualnya. Menurut saya, pengertian azas keseimbangan lebih abstrak pemahamannya dibandingkan azas proporsionalitas. Untuk memudahkan pemahaman antara kedua azas tersebut dapat ditelusuri melalui makna leksikal, pendapat para sarjana, karakteristik maupun daya kerjanya.

Pemahaman makna azas keseimbangan jika ditelusuri dari pendapat beberapa sarjana, secara umum memberi makna azas keseimbangan sebagai keseimbangan posisi para pihak yang berkontrak. Oleh karena itu, dalam hal terjadi ketidakseimbangan posisi yang menimbulkan gangguan terhadap isi kontrak diperlukan intervensi otoritas tertentu (pemerintah). Beranjak dari pemikiran tersebut di atas, maka pemahaman terhadap daya kerja azas keseimbangan yang menekankan keseimbangan posisi para pihak yang berkontrak terasa dominan dalam kaitannya dengan kontrak konsumen. Hal ini didasari pemikiran bahwa dalam perspektif perlindungan konsumen terdapat ketidakseimbangan posisi tawar

²² Andre Ata Ujan, *Op. Cit.*, h. 45.

para pihak. Hubungan konsumen - produsen diasumsikan hubungan yang sub-ordinat, sehingga konsumen berada pada posisi lemah dalam proses pembentukan kehendak kontraktualnya. Hubungan sub-ordinat, posisi tawar yang lemah, dominasi produsen serta beberapa kondisi lain diasumsikan terdapat ketidakseimbangan dalam hubungan para pihak.

Interpretasi terhadap pemaknaan dan daya kerja azas keseimbangan, adalah:

- a. *Pertama*, lebih mengarah pada keseimbangan posisi para pihak, artinya dalam hubungan kontraktual tersebut posisi para pihak diberi muatan keseimbangan.
- b. *Kedua*, kesamaan pembagian hak dan kewajiban dalam hubungan kontraktual seolah-olah tanpa memperhatikan proses yang berlangsung dalam penentuan hasil akhir pembagian tersebut.
- c. *Ketiga*, keseimbangan seolah sekedar merupakan hasil akhir dari sebuah proses;
- d. *Keempat*, intervensi negara merupakan instrumen pemaksa dan mengikat agar terwujud keseimbangan posisi para pihak.
- e. *Kelima*, pada dasarnya keseimbangan posisi para pihak hanya dapat dicapai pada syarat dan kondisi yang sama (*ceteris paribus*).

Sementara itu ruang lingkup dan daya kerja azas proporsionalitas tampak lebih dominan pada kontrak bisnis komersial. Dengan asumsi dasar bahwa karakteristik kontrak bisnis komersial menempatkan posisi para pihak pada kesetaraan, sehingga tujuan para kontrakan yang berorientasi pada keuntungan bisnis akan terwujud apabila terdapat pertukaran hak dan kewajiban yang *fair* (proporsional). Azas proporsionalitas tidak dilihat dari konteks keseimbangan-matematis (*equilibrium*), tetapi pada proses dan mekanisme pertukaran hak dan kewajiban yang berlangsung secara *fair*.

Menurut pendapat saya untuk mencari makna azas proporsionalitas dalam kontrak harus beranjak dari makna filosofis keadilan. Hal ini dapat ditelusuri dalam berbagai pendapat serta pemikiran para filosof dan sarjana. Filosof besar seperti **Aristoteles**, menyatakan bahwa "*justice consists in treating equals equally and unequals unequally, in proportion to their inequality*". **Ulpianus** menggambarkan keadilan sebagai "*justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*", artinya keadilan dapat terwujud apabila sesuatu yang diberikan kepada seseorang sebanding dengan

yang seharusnya ia terima (*praeter proportionem dignitas ipsius*). Pada hakikatnya gagasan tersebut merupakan titik tolak bagi pemaknaan azas proporsionalitas dalam hubungan kontraktual para pihak.

Demikian pula dengan pandangan beberapa sarjana, seperti **L.J. van Apeldoorn**, **J. van Kan** dan **J.H. Beekhuis**, yang menyatakan bahwa keadilan itu memperlakukan sama terhadap hal yang sama dan memperlakukan yang tidak sama sebanding dengan ketidaksamaannya. **Beauchamp** dan **Bowie**, dengan kriteria pembagian proporsionalnya, serta pemikiran **John Rawls** tentang "*justice as fairness*" yang menekan prinsip hak berlandaskan rasionalitas, kebebasan dan kesamaan. **P.S. Atijah** memberikan landasan pemikiran mengenai azas proporsionalitas dalam kaitannya dengan peran kontrak sebagai landasan pertukaran yang adil di dunia bisnis, bahwa transaksi para pihak yang berkontrak sesuai dengan apa yang diinginkan (*proportion in what they want*). Pandangan para sarjana tersebut di atas merupakan dasar bagi argumentasi yang saya bangun untuk merumuskan makna azas proporsionalitas.

Menurut **Lyons**²³ suatu iklim kontrak yang sesungguhnya, pada hakikatnya memberi peluang bagi perbedaan pendapat, tawar-menawar, atau bahkan perbedaan-perbedaan yang relevan di antara para pihak. Hanya dalam proses seperti ini hasil dari suatu kesepakatan sungguh-sungguh merefleksikan kepentingan semua pihak.²⁴

Peter Mahmud Marzuki²⁵ menyebut azas proporsionalitas dengan istilah "*equitability contract*" dengan unsur *justice* serta *fairness*. Makna "*equitability*" menunjukkan suatu hubungan yang setara (kesetaraan), tidak berat sebelah dan adil (*fair*), artinya hubungan kontraktual tersebut pada dasarnya berlangsung secara proporsional dan wajar. Dengan merujuk pada azas *aequitas praestasionis*, yaitu azas yang menghendaki jaminan keseimbangan dan ajaran *justum pretium*, yaitu kepatutan menurut hukum. Tidak dapat disangkal bahwa kesamaan para pihak tidak pernah ada. Sebaliknya, para pihak ketika masuk ke dalam kontrak berada dalam keadaan yang tidak sama. Akan tetapi ketidaksamaan tersebut tidak boleh dimanfaatkan oleh pihak yang dominan untuk memaksakan kehendaknya secara

²³ **Andre Ata Ujan**, *Op. Cit.*, h. 140.

²⁴ *Loc. Cit.*

²⁵ **Peter Mahmud Marzuki**, "Batas-Batas Kebebasan Berkontrak", *Yuridika*, Volume 18 No.3, Mei 2003.h. 205.

tidak memadai kepada pihak lain. Dalam situasi semacam inilah azas proporsionalitas bermakna *equitability*.

Pada dasarnya azas proporsionalitas merupakan perwujudan doktrin "keadilan berkontrak" yang mengoreksi dominasi azas kebebasan berkontrak yang dalam beberapa hal justru menimbulkan ketidakadilan. Konrad Zweigert dan Hein Kotz²⁶ mengingatkan para sarjana untuk membuang sikap memperlihatkan seolah-olah kebebasan berkontrak merupakan prinsip utama dalam pembentukan undang-undang kontrak. Tugas utama para sarjana kini bukan lagi mengagungkan kebebasan berkontrak, melainkan mencari kriteria serta prosedur bagi perkembangan doktrin "keadilan kontraktual". Perwujudan keadilan berkontrak ditentukan melalui dua pendekatan. Pertama, *pendekatan prosedural*, pendekatan ini menitikberatkan pada persoalan kebebasan kehendak dalam suatu kontrak. Pendekatan kedua, yaitu *pendekatan substantif* yang menekan kandungan atau substansi serta pelaksanaan kontrak. Dalam pendekatan substantif perlu diperhatikan adanya kepentingan yang berbeda.²⁷

Mengambil moralitas pertimbangan tersebut, maka azas proporsionalitas bermakna sebagai "azas yang melandasi atau mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya dalam seluruh proses kontraktual." Azas proporsionalitas mengandaikan pembagian hak dan kewajiban diwujudkan dalam seluruh proses hubungan kontraktual, baik pada fase pra kontraktual, pembentukan kontrak maupun pelaksanaan kontrak (*pre-contractual, contractual, post contractual*). Azas proporsional sangat berorientasi pada konteks hubungan dan kepentingan para pihak (*i.e.* menjaga kelangsungan hubungan agar berlangsung kondusif dan *fair*).

Terkait dengan kontrak bisnis komersial yang berorientasi keuntungan para pihak, fungsi azas proporsionalitas menunjukkan pada karakter kegunaan yang 'operasional dan implementatif'²⁸ dengan tujuan mewujudkan apa yang dibutuhkan para pihak. Dengan

²⁶ Periksa Sakina Shaik Ahmad Yusoff, "Isi Kandungan Kontrak: Klasifikasi Terma Dan Permasalahannya", *Malaysian Journal of Law and Society*, Faculty of Law Universiti Kebangsaan Malaysia, Vol. V, 2001, h. 87-88.

²⁷ *Loc. Cit.*

²⁸ Karakter 'operasional dan implementatif' dari azas proporsionalitas hendaknya tidak diartikan bahwa azas ini dengan sendirinya berlaku mengikat para pihak. Sesuai dengan sifatnya, azas berkedudukan sebagai *meta norma* sehingga tidak dapat langsung mengikat para pihak. Namun yang dimaksudkan dalam kajian ini adalah seyogyanya para pihak menuangkan dan mengimplementasikan azas proporsionalitas ini ke dalam klausul-klausul kontrak yang mereka buat.

demikian fungsi azas proporsionalitas, baik dalam proses pembentukan maupun pelaksanaan kontrak bisnis komersial adalah:

- a. Dalam tahap pra kontrak, azas proporsionalitas membuka peluang negosiasi bagi para pihak untuk melakukan pertukaran hak dan kewajiban secara *fair*. Oleh karena itu adalah tidak proporsional dan harus ditolak proses negosiasi dengan itikad buruk;
- b. Dalam pembentukan kontrak, azas proporsional menjamin kesetaraan hak serta kebebasan dalam menentukan/mengatur proporsi hak dan kewajiban para pihak berlangsung secara *fair*;
- c. Dalam pelaksanaan kontrak, azas proporsional menjamin terwujudnya distribusi pertukaran hak dan kewajiban menurut proporsi yang disepakati/dibebankan pada para pihak;
- d. Dalam hal terjadi kegagalan dalam pelaksanaan kontrak, maka harus dinilai secara proporsional apakah kegagalan tersebut bersifat fundamental (*fundamental breach*) sehingga mengganggu pelaksanaan sebagian besar kontrak atau sekedar hal-hal yang sederhana/kesalahan kecil (*minor important*). Oleh karena itu pengujian melalui azas proporsionalitas sangat menentukan dalil kegagalan pelaksanaan kontrak, agar jangan sampai terjadi penyalahgunaan oleh salah satu pihak dalam memanfaatkan klausul kegagalan pelaksanaan kontrak, semata-mata demi keuntungan salah satu pihak dengan merugikan pihak lain;
- e. Bahkan dalam hal terjadi sengketa kontrak, azas proporsionalitas menekankan bahwa proporsi beban pembuktian kepada para pihak harus dibagi menurut pertimbangan yang *fair*.

Dengan demikian, kontrak sebagai proses mata rantai hubungan para pihak harus dibangun berdasarkan pemahaman keadilan yang dilandasi atas pengakuan hak para kontraktan. Pengakuan terhadap eksistensi hak para kontraktan tersebut termanifestasi dalam pemberian peluang dan kesempatan yang sama dalam pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban). Namun demikian pengakuan terhadap hak, kebebasan dan kesamaan dalam pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban) tersebut tetap harus dalam bingkai aturan main yang mempertimbangkan prinsip distribusi yang proporsional.

Ukuran proporsionalitas pertukaran hak dan kewajiban didasarkan pada nilai-nilai kesetaraan (*equitability*), kebebasan, distribusi-proporsional, tentunya juga tidak dapat dilepaskan dari azas atau prinsip kecermatan (*zorgvuldigheid*), kelayakan (*redelijkheid*; *reason-*

ableness) dan kepatutan (*billijkheid; equity*). Untuk menemukan azas proporsionalitas dalam kontrak dengan menggunakan kriteria atau ukuran nilai-nilai tersebut di atas, hendaknya tidak diartikan akan diperoleh hasil temuan berupa angka-angka matematis.²⁹ Azas proporsionalitas tidak memperlmasalahkan keseimbangan (kesamaan) hasil secara matematis, namun lebih menekankan proporsi pembagian hak dan kewajiban di antara para pihak yang berlangsung secara layak dan patut (*fair and reasonableness*).

Contoh sederhana yang dapat menjelaskan eksistensi dan daya kerja azas proporsionalitas, sebagai berikut:

- a. A dan B sepakat untuk membeli sebungkus rokok yang berisi 10 batang seharga Rp. 10.000,00 secara patungan dan akan membaginya secara proporsional. A mempunyai uang sebesar Rp. 8.000,00 dan B sebesar Rp. 2.000,00.

Secara sederhana maka pembagian hak dan kewajiban yang proporsional dari kasus di atas adalah sebagai berikut:

- (i) Dari beban kewajiban membayar sebesar Rp. 8.000,00 maka A memperoleh hak sebanyak 8 (delapan) batang rokok;
- (ii) Sebaliknya, B yang membayar sebesar Rp. 2.000,00 memperoleh hak sebanyak 2 (dua) batang rokok;
- (iii) Secara matematis, hasil yang diperoleh masing-masing pihak adalah tidak sama (tidak seimbang - tidak adil). Hal ini dikarenakan sebagian besar pihak yang memberikan penilaian semata-mata hanya melihat dari hasil akhir tanpa memahami proses yang berlangsung sebelumnya. Oleh karena itu mereka hanya memaknai perbandingan matematis, yaitu: 8 (delapan) batang: 2 (dua) batang.
- (iv) Namun apabila ditinjau dari azas proporsionalitas pembagian tersebut adil dan proporsional. Seharusnya penilaian adil atau tidak adil harus dianalisis secara komprehensif pada seluruh proses, bahwa untuk memperoleh 8 (delapan) batang

²⁹ Pendapat ini saya ajukan untuk menjawab pertanyaan mengenai apa makna, kriteria maupun wujud azas proporsionalitas. Bukan hal yang mudah, bahkan mustahil menimbang atau menakar hubungan kontraktual yang sesuai dengan azas proporsionalitas dalam bentuk hasil akhir yang terukur secara matematis. Azas-azas pokok dalam hukum kontrak yang lain pun tidak ada yang memberikan jawaban yang pasti mengenai makna, kriteria maupun wujud nyatanya. Namun azas-azas tersebut dapat ditemukan dan diterima melalui interpretasi yang komprehensif, dengan memperhatikan karakteristiknya masing-masing.

rokok tersebut A dibebani kewajiban membayar Rp. 8.000,00. Tentunya beban kewajiban ini lebih berat dibandingkan dengan kewajiban B yang hanya membayar Rp. 2.000,00. Sehingga wajar untuk pengorbanan yang lebih besar A memperoleh hasil yang lebih besar pula. Jadi proporsionalitas harus dihitung dari awal proses hingga hasil akhirnya.

- (v) Baik A maupun B, keduanya sama memperoleh rokok serta merasakan kenikmatan rokok. Perbedaan hanya terletak jumlah dan lama waktu menghisap rokok, namun rasa rokok sama-sama dapat dinikmati keduanya.
- (vi) Proses penyelesaian tersebut di atas menggambarkan bagaimana prinsip kesamaan atau kesetaraan, kebebasan dan distribusi proporsional berlangsung dengan *fair*.

Berdasarkan contoh-contoh tersebut, maka dapat disimpulkan bahwa daya kerja azas proporsionalitas meliputi proses pra kontrak, pembentukan maupun pelaksanaan kontrak. Asumsi kesetaraan posisi para pihak, terbukanya peluang negosiasi serta aturan main yang *fair* menunjukkan bekerjanya mekanisme pertukaran hak dan kewajiban yang proporsional. Disini problematika mengenai ada atau tidaknya keseimbangan para pihak pada dasarnya kurang relevan lagi diungkapkan, karena melalui kesetaraan posisi para pihak, terbukanya peluang negosiasi serta aturan main yang *fair*, maka substansi keseimbangan itu sendiri telah tercakup dalam mekanisme pertukaran hak dan kewajiban yang proporsional.

Kontrak Merupakan Penuangan Proses Bisnis Dalam Format Hukum

Hakikat hukum kontrak pada dasarnya untuk memenuhi kebutuhan hukum pelaku bisnis, dalam arti tidak sekedar mengatur namun lebih dari itu memberi keleluasaan dan kebebasan sepenuhnya kepada para pelaku bisnis untuk menentukan apa yang menjadi kebutuhan mereka. Hal ini karena para pelaku bisnis yang lebih paham dan mengetahui seluk beluk pelbagai kebutuhan dalam kegiatan bisnisnya. Sebagaimana diketahui bahwa dalam dunia bisnis yang mempertemukan para pelakunya dalam aktifitas bisnis, kontrak merupakan instrumen penting yang senantiasa mbingkai hubungan hukum dan mengamankan transaksi mereka. Hampir tiada satu pun aktifitas bisnis yang mempertemukan para pelaku bisnis dalam pertukaran kepentingan mereka tanpa kontrak. Kontrak menjangkau begitu luas aspek hubungan masyarakat,

sebagaimana diungkapkan oleh D.G. Cracknell³⁰, "contract is one of the few areas of law with which almost everyone comes into day-to-day contact."

Menurut Niewenhuis³¹ latar belakang atau rasio kontrak beranjak pada tujuan terjadinya pertukaran harta kekayaan secara adil (*ruilrechtvaardigheid*). Pertukaran yang adil (*fair exchange*) akan muncul apabila dalam hubungan tersebut terwujud perikatan yang berisi prestasi dengan imbalan kontra prestasi. Menurut P.S. Atijah,³² kontrak merupakan bentuk pertukaran yang adil (*fair exchange* - "who contributed what") terkait dengan kewajiban kontraktualnya (*exchange of obligation*) yang didasarkan pada proporsi masing-masing. Kontrak merupakan bentuk pertukaran yang saling menguntungkan (*exchange benefit for benefit*).³³ Kewajiban kontraktual tersebut tidak lain muncul karena adanya pertukaran janji diantara para pihak (*exchange of promises*).³⁴ Pertukaran kepentingan (prestasi - kontra prestasi) merupakan titik tolak bagi terwujudnya keadilan bagi para pihak.

Menurut P.S. Atijah,³⁵ kontrak memiliki tiga tujuan, yaitu:

- a. Pertama, kontrak wajib untuk dilaksanakan (memaksa) serta memberikan perlindungan terhadap suatu harapan yang wajar,
- b. Kedua, kontrak berupaya mencegah terjadinya suatu penambahan kekayaan secara tidak adil,
- c. Ketiga, kontrak bertujuan untuk mencegah terjadinya kerugian tertentu dalam hubungan kontraktual.

Apabila ditinjau dari aspek perancangan kontrak (*drafting*), kontrak bisnis komersial merupakan dokumen hukum (*legal document*) yang menetapkan prosedur dan syarat dalam suatu transaksi bisnis yang lebih rinci dibandingkan dengan kontrak konsumen.

³⁰ D.G. Cracknell, *Obligation: Contract Law*, Old Bailey Press, London, 2003, h. 5.

³¹ J.H. Niewenhuis, *Drie Beginselen van Contractenrecht*, Kluwer-Deventer, 1979, h. 57-61. Periksa juga dalam Herlin Budiono, *Asas keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia, Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-Asas Wigati Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, h. 308-309.

³² P.S. Atijah, *An Introduction to The Law of Contract*, 4th Ed, Oxford University Press Inc., New York, 1995, h. 1-8. (selanjutnya disingkat P.S. Atijah-I).

³³ P.S. Atijah, *Promises, Morals and Law*, Clarendon Press, Oxford, 1981, h. 12 (selanjutnya disingkat P.S. Atijah-II).

³⁴ David Oughton and Martin Davis, *Source Book on Contract Law*, 2nd Ed., Cavendish Publishing, London, 2000, h. 21.

³⁵ P.S. Atijah-I, *Op. Cit.*, h. 35.

Menurut **Elmer Doonan** dan **Charles Foster**,³⁶ dengan dituangkannya prosedur serta syarat-syarat suatu transaksi bisnis dalam kontrak, para pihak bermaksud:

- a. Untuk menyediakan bukti tertulis mengenai transaksi yang mereka lakukan,
- b. untuk mencegah terjadinya penipuan,
- c. untuk menetapkan hak dan kewajiban para pihak, dan
- d. untuk mengatur secara lebih rinci transaksi bisnis yang kompleks, demi mencegah hambatan dalam pelaksanaan kontrak yang mereka buat.

J. Beatson³⁷ mengemukakan beberapa fungsi kontrak bisnis komersial yang mempunyai karakteristik pertukaran kepentingan melibatkan pelaku bisnis (*business people and companies*), yaitu:

- a. kontrak menjamin harapan yang saling diperjanjikan di antara para pihak akan terpenuhi, atau akan tetap ada kompensasi yang dibayarkan apabila terjadi wanprestasi;
- b. kontrak mempermudah rencana transaksi bisnis masa depan dari berbagai kemungkinan yang merugikan;
- c. kontrak menetapkan standar pelaksanaan dan tanggung jawab para pihak;
- d. kontrak memungkinkan pengalokasian risiko bisnis secara lebih tepat (meminimalisir risiko bisnis para pihak);
- e. kontrak menyediakan sarana penyelesaian sengketa bagi para pihak.

Beranjak dari pendapat beberapa sarjana tersebut di atas, maka dapat dirumuskan beberapa fungsi atau arti penting kontrak dalam lalu lintas bisnis, antara lain:³⁸

- a. kontrak sebagai wadah hukum bagi para pihak dalam menuangkan hak dan kewajiban masing-masing (bertukar konsesi dan kepentingan),
- b. kontrak sebagai bingkai aturan main,
- c. kontrak sebagai alat bukti adanya hubungan hukum,

³⁶ **Elmer Doonan & Charles Foster**, *Drafting*, Cavendish Publishing Limited, London, 2001, h. 3-5.

³⁷ **J. Beatson**, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, London, 2002, h.2-3.

³⁸ **A. Yudha Hernoko**, "Dasar-Dasar Hukum Kontrak", *Materi Perkuliahan Teknik Perancangan Kontrak*, Program Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2005.

- d. kontrak memberikan (menjamin) kepastian hukum,
- e. kontrak menunjang iklim bisnis yang kondusif (*win-win solution*; efisiensi – profit).

Agar supaya proses pertukaran kepentingan dalam kontrak berjalan *fair*, para pihak dituntut untuk memahami dasar-dasar hukum kontrak. Mengapa pemahaman ini diperlukan, perlu diingat bahwa kontrak yang dibuat atau disusun oleh para pihak pada dasarnya adalah penuangan proses bisnis ke dalam rumusan bahasa hukum (kontrak). Dengan memahami dasar-dasar hukum kontrak dimaksudkan para pihak mempunyai pedoman dalam penyusunan kontrak, karena:³⁹

- a. Memberikan dasar hukum bagi kontrak yang dibuat,
- b. Memberikan bingkai atau rambu-rambu aturan main dalam transaksi bisnis,
- c. Sebagai batu uji atau tolok ukur eksistensi kontrak yang bersangkutan.

Dalam hubungannya dengan kegiatan bisnis, kontrak berfungsi untuk mengamankan transaksi. Hal ini karena dalam kontrak terkandung suatu pemikiran (tujuan) akan adanya keuntungan komersial yang diperoleh para pihak. Menurut **Niewenhuis**,⁴⁰ sepanjang prestasi yang diperjanjikan bertimbal balik mengandaikan kesetaraan (posisi para pihak), maka apabila terjadi ketidakseimbangan, fokus perhatian akan dititikberatkan pada kesetaraan yang terkait dengan cara terbentuknya kontrak, dan tidak pada hasil akhir dari prestasi dimaksud. Pandangan **Niewenhuis** ini tentunya relevan dengan azas proporsionalitas dalam konteks kontrak bisnis komersial yang menekankan kesetaraan posisi dan pertukaran prestasi di antara para pihak yang berkontrak.

Dengan demikian ungkapan yang berkembang dalam praktik bisnis dipelbagai tempat dapat dijadikan sebagai landasan moral bagi azas proporsionalitas, khususnya dalam konteks kontrak bisnis komersial, bahwa "*equal pay for equal work*", "*you pay peanuts, you get monkey*", pedagang Minang sering mengatakan "*rancak di awak rancak pulo di urang*", dalam komunitas Jawa banyak ungkapan yang menggambarkan proporsionalitas tersebut, misal: "*piye pada penake*

³⁹ Loc. Cit.

⁴⁰ J.H. Niewenhuis, *Op. Cit.*, h. 122. Periksa juga Herlien Budiono, *Op. Cit.*, h. 318-319.

sing penting pada mlakune ", atau "golek apik lan bener, golek bener lan apik". Kesemuanya itu pada dasarnya mempunyai kandungan moralitas proporsional, artinya kita memang sama apabila memang sama, namun kita berbeda karena pada dasarnya berbeda, bukan "sama rasa, sama rata", tapi "sama rasa, sama bahagia."

Penutup

Beranjak dari paparan pembahasan tersebut diatas, maka terdapat beberapa rekomendasi penting terkait dengan keberadaan azas proporsionalitas sebagai perwujudan doktrin keadilan berkontrak, sebagai berikut:

- a. Hakikat kontrak adalah mewujudkan pertukaran hak dan kewajiban secara adil (*fairness*). Dengan demikian, ketidakseimbangan hasil dapat diterima sebagai sesuatu yang *fair* apabila proses pertukaran hak dan kewajiban berlangsung secara proporsional.
- b. Makna azas proporsionalitas adalah azas yang mengatur pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya, yang meliputi seluruh proses kontrak, baik pada tahapan pra kontraktual, pembentukan kontrak maupun pelaksanaan kontrak.
- c. Fungsi azas proporsionalitas dalam kontrak komersial adalah: (i) dalam tahapan pra kontrak, menjamin terwujudnya proses negosiasi kontrak yang *fair*, (ii) dalam pembentukan kontrak, menjamin kesetaraan hak serta kebebasan dalam menentukan isi kontrak, (iii) dalam pelaksanaan kontrak, menjamin terwujudnya distribusi pertukaran hak dan kewajiban sesuai proporsinya.
- d. Azas proporsionalitas merupakan azas pokok yang seyogyanya diterima dalam kerangka sistem hukum kontrak dewasa ini, sebagai pengayaan khasanah keilmuan hukum.

DAFTAR BACAAN

- Apeldoorn, L.J. van**, *Pengantar Ilmu Hukum*, cet. xxx, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004.
- Atijah, P.S.**, *Promises, Morals and Law*, Clarendon Press, Oxford, 1981.
- — — — —, *An Introduction to The Law of Contract*, 4th Ed, Oxford University Press Inc., New York, 1995.
- Beatson, J.**, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, London, 2002.
- Bertens, K.**, *Pengantar Etika Bisnis*, Kanisius, Yogyakarta, 2000.
- Budiono, Herlien**, *Asas keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia, Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-Asas Wigati Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006.
- Cracknell, D.G.**, *Obligation: Contract Law*, Old Bailey Press, London, 2003.
- Doonan, Elmer - Charles Foster**, *Drafting*, Cavendish Publishing Limited, London, 2001.
- Hernoko, A. Yudha**, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak, Materi Perkuliahan Teknik Perancangan Kontrak, Program Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Airlangga*, Surabaya, 2005.
- Keraf, A. Sonny**, *Etika Bisnis (Tuntutan dan Relevansinya)*, Kanisius, Yogyakarta, 1998.
- Marzuki, Peter Mahmud**, "Batas-Batas Kebebasan Berkontrak", *Yuridika*, Volume 18 No.3, Mei 2003.
- Niewenhuis, J.H.**, *Drie Beginselen van Contractenrecht*, Kluwer-Deventer, 1979.
- Notohamidjojo, O.**, *Masalah: Keadilan*, Tirta Amerta, Semarang, 1971.
- Oughton, David and Martin Davis**, *Source Book on Contract Law*, 2nd Ed., Cavendish Publishing, London, 2000.
- Penner, James et. al. (editors)**, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory (Commentary and Materials)*, Butterworths, London, 2002.